



Roj: **SAP SS 335/2018 - ECLI: ES:APSS:2018:335**

Id Cendoj: **20069370012018100052**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Donostia-San Sebastián**

Sección: **1**

Fecha: **23/04/2018**

Nº de Recurso: **1188/2017**

Nº de Resolución: **96/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **MARIA JOSE RUA PORTU**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN PRIMERA

GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LEHEN SEKZIOA

SAN MARTIN 41 1ªPLANTA - CP/PK: 20007

Tel.: 943-000711 Faxe: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.1-14/020079

NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.43.2-2014/0020079

RECURSO / ERREKURTSOA: Rollo apelación abreviado / Prozedura laburtuko apelazioko erroilua 1188/2017-

Proc. Origen / Jatorriko prozedura: Procedimiento abreviado / Prozedura laburtua 384/2016

Juzgado de lo Penal nº 1 de Donostia / Donostiako Zigor-arloko 1 zk.ko Epaitegia

Atestado nº/ Atestatu-zk.: NUM000

Apelante/Apelatzailea: Segundo

Abogado/a / Abokatua: JAVIER LUIS ECEIZABARRENA SAENZ

Procurador/a / Prokuradorea: VEGA PEREZ ARROYO

Apelante/Apelatzailea: ONDARTZA BITARTE SC

Abogado/a / Abokatua: FRANCISCO JAVIER SAENZ DE PIPAON DEL ROSAL

Procurador/a / Prokuradorea: VEGA PEREZ ARROYO

Apelado/a / Apelatua: EL FISCAL -

SENTENCIA N° 96/2018

ILMOS/AS. SRES/AS.

D/Dª. IGNACIO JOSE SUBIJANA ZUNZUNEGUI

D/Dª. MARÍA JOSÉ BARBARÍN URQUIAGA

D/Dª. MARÍA JOSÉ RÚA PORTU

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a veintitres de abril de dos mil dieciocho.

La Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzcoa, constituida por los Magistrados que arriba se expresan, ha visto en trámite de apelación el Procedimiento Abreviado 384/2016 del Juzgado de lo Penal nº 1 de esta Capital, seguido por un delito de contra el medio ambiente en el que figura como apelante **Segundo**, representado por el Procurador Sra Vega Arroyo y defendido por el Letrado Sr Eceizabarrena y ONDARTZA BITARTE SC representada por la Procuradora Sra Vega y defendida por el letrado Sr. Saez, habiendo sido parte apelada el Ministerio Fiscal.



Todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2017 dictada por el Juzgado de lo Penal antes mencionado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Por el Juzgado de lo Penal nº 1 de los de esta Capital, se dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2017 , que contiene el siguiente FALLO:

" CONDENO a **Segundo , a Alexander y a Carmelo** como autores penalmente responsables de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el artículo 325.2 del Código Penal en su redacción vigente, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de DOS AÑOS DE PRISIÓN, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, OCHO MESES DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS que, en caso de impago, quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 del CP y, a la pena de UN AÑO DE INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA PROFESIÓN U OFICIO relacionado con las explotaciones ganaderas.

CONDENO a ONDARTZA BITARTE, S.C., como autora penalmente responsable de un delito contra el medio ambiente previsto y penado en el artículo 325.2 del CP en relación con el artículo 328 y 31 bis del CP , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 AÑO DE MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE DIEZ EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53.5 del CP en caso de impago.

ABSUELVO a Segundo , a Alexander , a Carmelo y a ONDARTZA BITARTE, S.C, del delito contra el medio ambiente del artículo 334.2 del CP , al haberse retirado la acusación contra los mismos por estos hechos.

L a pena de multa impuesta a la explotación ganadera ONDARTZA BITARTE, S.C., deberá ser compensada con la multa impuesta y abonada por la misma como consecuencia del expediente administrativo sancionador tramitado por estos mismos hechos, lo que se determinará en ejecución de sentencia.

Todo ello con expresa imposición de un cuarto de las costas procesales a cada condenado".

SEGUNDO .- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de ONDARTZA BITARTE S.C. y de D. Segundo , se interpuso recurso de apelación, que fue admitido a trámite y del que se dio traslado a las partes personadas.

Por la representación procesal de Carmelo y Alexander , se adhirió al recurso interpuesto.

Por el Ministerio Fiscal se impugnó el recurso interpuesto.

Las actuaciones tuvieron entrada en la Oficina de Registro y Reparto el día 26 de diciembre de 2017, siendo turnadas a la Sección 1ª y quedando registradas con el número de Rollo 1188/17.

En virtud de auto de fecha 3 de enero de 2018, se acordó denegar la práctica de la prueba solicitada en esta alzada.

Se señaló para la Votación, Deliberación y Fallo el día 1 de marzo de 2018, fecha en la que se llevó a cabo el referido trámite.

TERCERO .- En la tramitación del presente recurso se han observado los trámites y formalidades legales.

CUARTO .- Ha sido Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª MARÍA JOSÉ RÚA PORTU.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos probados de la resolución de instancia, que literalmente establecen :

"**PRIMERO**.- . El día 13 de julio de 2014, sobre las doce horas aproximadamente, se produjo un vertido de purines en la regata Opin, afluente del río Asteasu, procedente de la explotación ganadera ONDARTZA BITARTE, S.C., sita en la calle Elizmendi nº 54 de la localidad de Asteasu.

La explotación no tiene autorización para vertidos.

La explotación obtuvo la licencia de actividad en el año 2009.

El vertido se produjo como consecuencia de una rotura de unos 5x7 centímetros en una pared del depósito de almacenamiento de purines de la explotación, que se filtraron al cauce de la tubería que discurría paralela a



dicha pared, tubería que finalizaba en una arqueta no estanca, también ubicada junto al depósito, desde la que partía otra conducción que llegaba hasta el cauce de la regata Opin, a la que se vertieron los purines.

El depósito de purines es una construcción de unos 20x8x5 metros situado en una ladera que constituye uno de los límites de las edificaciones del caserío y de la explotación ganadera. El depósito se encuentra semienterrado prácticamente en su totalidad, cubierto con una losa de hormigón armado de 15 centímetros de espesor existiendo en la misma varias aperturas de registro, sin tapas estancas. El depósito había sido ejecutado con muro de bloque de hormigón.

SEGUNDO.- El volumen de purines vertidos se evaluó en 30 metros cúbicos y afectó a una zona de 5 kilómetros entre la regata Opin y el río Asteasu, hasta su desembocadura en el río Oria.

El vertido produjo un empeoramiento de la calidad biológica de las aguas y causó una importante mortandad piscícola, afectando especialmente a la población de truchas, contabilizándose un total de 70 truchas (*trutta fario*) y 10 piscardos (*phoxinus phoxinus*) muertos. En la zona situada aguas abajo del vertido de la regata Aitze Erreka, se detectó la presencia de materia orgánica relacionada con los purines procedentes de la explotación ganadera, se apreciaron niveles destacables de fosfatos y se produjo un sensible empeoramiento de la calidad biológica del agua. En la zona situada aguas abajo del vertido en el río Asteasu, se detectó la presencia de amonio en bajas concentraciones, un incremento de los niveles de fosfatos respecto al punto situado aguas arriba del vertido y un sensible empeoramiento de la situación de la fauna piscícola acabando prácticamente con la población de trucha existente.

TERCERO.- La capacidad del depósito, que era de 256 metros cúbicos aproximadamente, era insuficiente para garantizar la recepción de purines durante al menos 3 meses de actividad de la explotación a tiempo completo, en atención al número de unidades de ganado mayor existentes en la explotación, debiendo tener como mínimo una capacidad de 566,5 metros cúbicos.

El depósito se construyó en el año 1973 y, desde esa fecha, no se había realizado en el mismo ninguna actuación tendente a su modificación, conservación, mantenimiento ni se habían adoptado medidas para garantizar su estanqueidad y controlar la fuga de purines, por lo que no reunía las condiciones necesarias de estanqueidad e impermeabilidad para evitar el riesgo de filtración y contaminación de las aguas.

La ubicación de la tubería, paralela a una de las paredes del depósito de purines, supone un riesgo evidente para el medio ambiente, ya que cualquier vertido o fuga, voluntaria o involuntaria del depósito de purines, sería conducido irremediablemente a la regata

Todo ello supone una infracción de las normas reguladoras de las condiciones básicas que deben cumplir las explotaciones ganaderas que requieran licencia de actividad, que son aquellas que poseen más de 20 unidades de ganado mayor (como es el caso de la explotación ganadera ONDARTZA-BITARTE), recogidas en el Decreto 515/2009 de 22 de septiembre del Gobierno Vasco, por el que se establecen las normas técnicas, higiénico-sanitarias, medioambientales de las explotaciones ganaderas, entre las que figuran las características técnicas y dimensionamiento que deben tener los estercoleros y fosas de purines.

Y, también supone una infracción de las condiciones impuestas en la resolución de 23 de febrero de 2007 del Viceconsejero de Medio Ambiente, por la que se formula la Declaración de Impacto Medio Ambiental de la explotación Ondartza Bitarte, condiciones que son vinculantes de acuerdo con lo especificado en el artículo 47.2 de la Ley 3/1998 de 27 de febrero, general de protección del medio ambiente del País Vasco y, entre las que se encuentran medidas destinadas a la protección del suelo y las aguas.

CUARTO.- La explotación ganadera ORDANTZA BITARTE, es una sociedad civil, de la que son titulares, entre otros, los tres acusados.

QUINTO.- Los acusados, conociendo las obligaciones impuestas en la normativa reguladora de las actividades de las explotaciones ganaderas y en la declaración de impacto medioambiental, no realizaron las obras ni adoptaron las medidas correctoras necesarias para evitar que se produjera la rotura de la pared del depósito y que los purines acabaran vertiendo en la regata.

SEXTO.- Por estos hechos se tramitó un expediente administrativo por el que se impuso a la explotación una multa, que ha ya sido abonada. Por lo que la Diputación Foral de Gipuzkoa nada reclama".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, interpone recurso la representación procesal de ONDARTZA BITARTE S.C. y DON Segundo, alegando:



- a. Que se ha producido un quebrantamiento de las normas y garantías procesales por vulneración del principio de legalidad y tipicidad penal y del derecho a la seguridad jurídica, de los art. 9, 24 y 25 de la C.E., puesto que el art. 325.2 del c.p. por el que han sido condenados, no se encontraba vigente en la fecha de los hechos.
- b. Que se ha producido igualmente vulneración del principio "non bis in ídem", ya que la misma conducta había sido sancionada administrativamente.
- c. Error en la apreciación de la prueba; y
- d. Con carácter subsidiario, indebida aplicación del art. 325.2 en relación con los artículos 1 y 2 del código penal.

Por todo ello, solicita se revoque la sentencia, absolviendo a sus representados.

Por la defensa de Carmelo Y Alexander, se **adhirió** al recurso interpuesto, alegando:

1º.- Indebida aplicación del art. 325.2 del c.p., al no cumplirse el elemento objetivo de que los hechos que la sentencia recoge como probados pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

2º.- Indebida aplicación del art. 325.2 por no haberse acreditado la voluntad para castigar los hechos como delito doloso.

3º.- Los hechos no estaban tipificados como delito en julio de 2014 cuando acaecieron.

4º.- Error en la valoración de la prueba.

5º.- Vulneración de precepto constitucional, haciendo suyos los argumentos esgrimidos en el escrito de interposición del recurso de apelación.

En consecuencia, solicita igualmente, la absolución de los condenados.

Por el Ministerio Fiscal, se **impugnó** el recurso, alegando:

· La exclusividad de la jurisdicción penal para el conocimiento de los hechos constitutivos de delito, sin que venga vinculada por la calificación efectuada en el plano administrativo. El tipo penal exige la infracción de normas administrativas, no que la infracción sea grave. La gravedad en el caso que nos ocupa, se desprende del peligro hipotético generado.

· La aplicación del tipo imprudente fue sostenida de forma subsidiaria, acogiendo la juzgadora la tesis principal del tipo doloso. En este caso el dolo se desprende de las conductas llevadas a cabo por los recurrentes, lo que implicaría cuando menos un dolo eventual.

· Los hechos estaban tipificados como delito antes de la L.O. 1/2015, y la pena prevista es la misma.

SEGUNDO.- La primera cuestión planteada por el recurrente, se refiere a la aplicación del **art. 325.2 vigente actualmente, introducido en el c.p. en virtud de la reforma operada por la L.O.1/2015, de 30 de marzo.**

Sostienen los condenados, tanto en su escrito de interposición del recurso, como en el de adhesión al anterior, que el art. 325.2 por el que han sido condenados no se encontraba vigente en la fecha de los hechos, motivo por el que consideran que se han vulnerado sus derechos constitucionales de seguridad jurídica (art. 9.3 de la C.E) como de legalidad y tipicidad penal (art. 24 y 25 de la C.E.).

No obstante, no se ha producido dicha vulneración.

Efectivamente el art. 325.2 del c.p., en su redacción vigente, es consecuencia de la reforma operada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Recoge en su escrito el recurrente, ambas redacciones para acreditar que el art. 325.2 ni existía en la fecha de los hechos 13 de julio de 2014, ni puede ser aplicado, por haberse producido la modificación y entrada en vigor con posterioridad a los hechos.

Ahora bien, tal y como señala el Ministerio Fiscal y se recoge en la sentencia dictada, el tipo penal recogido en el art. 325.2 del código penal actualmente, así como la pena prevista, son los que con anterioridad a la reforma estaban contenidos en el art. 325. La reforma, tal y como señala el Ministerio Fiscal, no ha hecho sino anticipar la comisión del hecho delictivo, para el caso de que la misma conducta, según el apartado 1 actual, "por si mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas", para el caso de que no pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.

Por lo tanto, y sin perjuicio de que como se señalara más adelante, sí se ha producido tal grave perjuicio, el tipo penal imputado y la pena prevista legalmente para la conducta enjuiciada son idénticos antes y después de la reforma. No existe en consecuencia acusación sorpresiva alguna, y no puede hablarse de que se haya causado indefensión.



En caso de considerarse que se ha producido tal grave perjuicio, la conducta era punible en la fecha de los hechos, y por lo tanto no se ha producido vulneración alguna de los artículos 24 y 25 de la Constitución, ni en consecuencia de los principios de legalidad y tipicidad penal.

Por lo tanto, el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Sostienen igualmente al solicitar la revocación de la sentencia dictada, que se ha vulnerado el **principio non bis in ídem**, ya que ha existido una sanción previa administrativa y se ha abonado la sanción impuesta.

Nuevamente debemos ratificar la fundamentación contenida en la sentencia dictada. Los hechos probados recogen precisamente que por los mismos hechos se abrió un expediente sancionador, y que se impuso una sanción que consta pagada.

Se recoge en la sentencia dictada la doctrina que ha venido estableciendo el Tribunal Constitucional en relación con el derecho fundamental al principio de legalidad, ya la interdicción del non bis in ídem. Doctrina que se reitera en este momento, dándose por reproducida, y de la que únicamente cabe destacar en este momento la preferencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora administrativa, así como que conforme a la **SSTC de 2 de julio de 2001 y 16 de enero de 2003**, no se produce violación del principio non bis in ídem cuando el órgano judicial penal toma en consideración la sanción administrativa impuesta para su descuento de la pena en fase de ejecución de la sentencia penal y de esta manera evitar la reiteración punitiva. Señala la citada sentencia de 2003, que no es posible establecer una equiparación absoluta entre el procedimiento penal y el administrativo sancionador, no siendo obstáculo el que se sancione en vía administrativa, puesto que el art. 25 de la C.E. en su vertiente sancionadora no prohíbe el doble reproche aflictivo, sino la reiteración sancionadora de los mismos hechos, con el mismo fundamento, padecida por el mismo sujeto. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de fecha 24 de junio de 2004**, que afirma que la existencia de una sanción administrativa no excluye, la posibilidad de sanción penal, siempre y cuando de la pena impuesta se haya descontado la sanción administrativa de tal forma que la sanción penal resultante sea proporcional a la gravedad del hecho.

En el caso que nos ocupa:

- El hecho probado sexto, recoge expresamente que se tramitó un expediente administrativo por el que se impuso a la explotación una multa que ha sido abonada; y
- En el fallo de la sentencia, se establece que en ejecución de sentencia se determinará la compensación de la multa impuesta a la explotación ganadera Ondartza Bitarte S.C, con la multa impuesta y abonada en el expediente administrativo sancionador.

En consecuencia no cabe sino concluir que no se ha infringido el principio de non bis in ídem alegado, al establecerse en el fallo de la sentencia el descuento del contenido de la sanción administrativa.

CUARTO.- Alega el recurrente el **error en la apreciación de la prueba**, llevada a cabo por la Juzgadora, ya que entiende que procede una nueva valoración de las mismas, habiéndose producido una interpretación errónea de las pruebas practicadas.

Considera que la juzgadora valora erróneamente las pruebas practicadas, sin que se haya infringido la Ley 3/1998 General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco. Entiende que no se ha producido un peligro potencial para el equilibrio de los sistemas naturales, conforme al informe emitido por EKOLUR. A lo que añade que el procedimiento sancionador abierto por la Agencia Vasca del Agua, califica la infracción como menos grave. El tipo penal de protección del medio ambiente exige la contravención de leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, que la sentencia no justifica. Considera que no existe un impacto en el medio ambiente susceptible de reproche penal, habiendo recibido una adecuada respuesta por el derecho administrativo.

En relación con dicho motivo de apelación **error en la valoración de la prueba**, recogido en el artículo 790.2 de la LECrim, se ha venido estableciendo reiteradamente en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, que a partir de la valoración judicial de las pruebas, la función revisora no consiste en una nueva valoración de la prueba, la que incumbe al juzgador en su inmediación, sino a la valoración de la estructura racional de la motivación de la sentencia, consistente en la observación de las reglas de la lógica, principios de experiencia y los conocimientos científicos por parte del juzgador de instancia (STS 888/2006, 898/2006 entre otras).

A tal efecto, el Tribunal de apelación tiene plenas facultades para conocer en su totalidad lo actuado, si bien ello no es contradictorio con el respeto a los principios de inmediación y contradicción, lo que impone que haya de dar como válidos los hechos declarados como probados por el Juez "a quo", cuando no existe manifiesto y patente error en la apreciación de la prueba o cuando los hechos probados resulten incompletos, incongruentes



o contradictorios en sí mismos o cuando sean desvirtuados por pruebas practicadas en segunda instancia, bajo la aplicación de los mismos principios de inmediación y contradicción.

En el caso que nos ocupa, la sentencia dictada contiene una adecuada valoración de la prueba, ya que recoge y analiza todas las pruebas practicadas. Por su parte el recurrente no cuestiona la existencia de la fisura, sino las consecuencias de la misma, y que se cumplan los elementos del tipo penal por el que han sido condenados.

La sentencia dictada, analiza tales extremos, recoge y valora las pruebas practicadas, no solo la documental obrante en la causa, sino también las practicadas en el plenario, de las que en relación con los motivos de impugnación de la sentencia debemos señalar que recoge:

- Las declaraciones de los técnicos del URA que acudieron al lugar, tanto inicialmente con los agentes de la policía autónoma, como con posterioridad;
- La declaración del Responsable del Área de Vertidos del URA, también constató la presencia de la contaminación orgánica en la regata Opin, y el río Asteasu hasta su desembocadura en el río Oría;
- El Guarda Forestal que acudió al lugar, que vieron el foco del vertido, y remontaron río arriba para encontrar el punto del vertido, verificando el mismo y señalando que del punto del vertido para arriba el agua estaba limpia, sin que tuviera duda del origen del mismo.
- El informe del Jefe del Servicio de Fauna y Flora Silvestre de la Diputación Foral de Guipúzcoa, quien también explicó cómo llegaron a la tubería procedente de la explotación donde habían tenido el accidente y constata la longitud del río afectado, unos 5.000 metros. Explicó que ese día no pudieron determinar la afección producida en la fauna piscícola debido a que las aguas bajaban turbias, por lo que lo comprobaron al día siguiente, procediendo a contabilizar la fauna piscícola muerta.

Con todo ello, concluye la afectación en el agua de los vertidos procedentes de la fisura.

A pesar de lo manifestado por el recurrente, la sentencia dictada, señala la normativa administrativa infringida.

En concreto las normas reguladoras de las condiciones básicas que deben cumplir las explotaciones ganaderas que requieran licencia de actividad, como la que nos ocupa, y que se encuentran recogidas en el Decreto 515/2009, de 22 de septiembre del Gobierno Vasco, El anexo de dicho Decreto, en su punto 5, establece que el almacenamiento de estiércoles y otras deyecciones animales generados en la explotación, deberá realizarse de forma que minimicen las afecciones al exterior de la explotación. Si bien las condiciones varían según diferentes factores, si se exige la impermeabilidad, cuando sea impenetrable al agua o a otros fluidos, que puede ser natural u obtenida mediante la aplicación de materiales artificiales.

También se señala infringida la resolución de 23 de febrero de 2007 del Viceconsejero de Medio Ambiente, que impuso a la explotación Ondartza Bitarte, de forma expresa las condiciones que son vinculantes, conforme al art. 47.2 de la Ley 3/1998 de 27 de febrero, General de Protección del Medio Ambiente del País Vasco, entre las que se encuentran las medidas destinadas a la protección del suelo y las aguas.

Detalla en su fundamentación la juzgadora todas las actuaciones llevadas a cabo para la actualización y ampliación del depósito de purines del caserío Ondartza Bitarte, que inicialmente era de 1973, tramitadas a partir de 1994. Señala que la explotación fue ampliando en cuanto al número de animales de la explotación, y como por ello el volumen de la fosa de purines, debía aumentarse ya que no cumplía con la capacidad mínima de almacenamiento exigida por el Decreto 515/2009 de 22 de septiembre, teniendo una capacidad de casi la mitad de lo exigido legalmente.

En consecuencia, debe desestimarse la alegación efectuada de que no se señala cuál es la normativa infringida.

QUINTO.- Se recurre también la sentencia dictada, por considerar que los hechos no son constitutivos del tipo penal imputado, ya que con la fisura del depósito y fuga de los purines, no se puede perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Entiende que el procedimiento administrativo sancionador considera lo ocurrido como una infracción menos grave.

Tal y como señala también la sentencia dictada, en relación con el tipo previsto en el art. 325 del Código Penal, como delito contra el medio ambiente, se ha venido considerando como un delito de **peligro hipotético**, habiendo tenido ocasión de pronunciarse **la Sala 2ª del T.S. en sentencia de fecha 11 de noviembre de 2013, así como en la posterior de la misma Sala de fecha 15 de diciembre de 2016**. Señala esta última que: "¿ También ha de recordarse que el delito medioambiental penado en el artículo 325 del Código Penal viene configurado como un delito de los conocidos como de peligro hipotético. Lo expusimos entre otras muchas en la STS 713/2014 donde dijimos que se trata de un delito de aquellos en los que, no solamente no es necesario que se llegue a producir una lesión del bien jurídico que se pretende proteger, sino que ni siquiera el



resultado del peligro para el mismo ha de ser probado, bastando con que se prueben los presupuestos del tipo ya que el peligro, en tal caso, se presume, siquiera cabría eludir la sanción penal si efectivamente se probara la inexistencia de lesión y peligro. Y constituye, eso sí, un presupuesto a probar la **potencialidad en abstracto** del comportamiento para generar el peligro para el equilibrio de los sistemas naturales, o, de tratarse del subtipo agravado del inciso final del hoy apartado único del citado artículo 325. Un sector doctrinal estima que es insatisfactoria la forma de estructurarlo como delito de peligro concreto, que es lo que se había consolidado en la jurisprudencia de esta Sala –SS 11-3-1992, 16-12-1998, que fue la primera tras la vigencia del nuevo Código, 14-2-2001, 30-1-2002 y 26-6-2002–, sugiriéndose, como más acertado considerarlo como de **peligro hipotético**. En estas modalidades delictivas de **peligro hipotético**, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un **comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido**. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro. En nuestra STS 141/2008 de 8 de abril, establecimos que la categoría de los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de **peligro hipotético** no requiere la concreción del peligro en proximidad de amenaza para un bien determinado. Basta la producción de un estado de riesgo pero desde la perspectiva meramente *ex ante*. Esa tipificación se asimila a la de los tipos de resultado en la medida que aquel estado de riesgo ha de valorarse en cuanto resultado separado de la conducta. Ello no impide que la existencia del delito se constate por la mera concurrencia de la conducta típica sin que la verificación deba extenderse a la valoración de ese resultado, que resulta implícito en la tipificación del comportamiento por el legislador. Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de **peligro hipotético** o potencial. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24-6-2004 se dejó establecido que, después de algunas resoluciones en otros sentidos, la última jurisprudencia se ha inclinado por considerar que se trata de un delito de **peligro hipotético** o potencial (STS nº 388/2003, de 1 de abril Aunque no siempre se haya coincidido en la configuración esta modalidad típica. Puede consultarse la STS 840/2013 de 11 de noviembre o la nº 838/2012 de 23 de octubre).

Tal y como señala el Ministerio Fiscal, la infracción administrativa tiene que haberse producido, pero ello no quiere decir que tenga que ser una infracción calificada de grave. Y en el caso que nos ocupa, el peligro ha sido grave, tal y como se fundamenta en la sentencia dictada,

Y dado que se trata de un delito de peligro hipotético no exige una lesión efectiva en el bien jurídico protegido.

En el caso que nos ocupa, la gravedad la fundamenta la Juzgadora, en que se produzcan o se puedan producir importantes consecuencias nocivas, y basa su juicio de gravedad para el equilibrio de los sistemas naturales y el grave riesgo para las condiciones de vida animal en el ecosistema como consecuencia del vertido en las conclusiones del informe elaborado por la asesoría ambiental EKOLUR, a petición de la Diputación Foral de Guipuzkoa, de agosto de 2014, folios 411 a 422, que fue ratificado en el plenario.

Dicho informe evalúa la afectación del vertido en la calidad biológica de la red fluvial de la cuenca alta del río Asteasu. Explica el informe cómo se efectuaron los nuestros, qué tipo de muestreos se llevaron a cabo, y las conclusiones de los distintos análisis. El perito constató la importante contaminación derivada del vertido de los purines en la regata Aitze Erreka así como en el río Asteasu, que perjudicó considerablemente tanto la calidad biológica de las aguas de los puntos situados debajo del vertido en relación con el punto situado aguas arriba, como a la fauna piscícola constatando las diferencias de ejemplares. Los índices contaminantes detectados, como señala la sentencia recurrida, conforme al informe emitido suponen un grave riesgo para los recursos naturales que pueden llevar en sus puntos más extremos a la desaparición de la vida animal y vegetal en el agua, bien por mortandad masiva o por migración, así como la presencia de amonio que se considera muy tóxico para los organismos acuáticos. Señala el perito que los purines son destructores de oxígeno necesario para la vida de los peces, y explica que el vertido fue importante puesto que acabó con la población de truchas. También aclaró que aunque los niveles detectados no fueron muy elevados, debe tenerse en cuenta que las muestras se recogieron pasados 10 días y no inmediatamente.

La sentencia dictada explica suficientemente las circunstancias de la recuperación de la fauna, o la existencia de incidentes anteriores u otros elementos que también podrían influir, justificando por qué conforme a los informes emitidos, no cabe sino concluir que en el momento en que se produjo la fuga de los purines con su vertido final en el río fue la causa de la contaminación comprobada y con los efectos letales para la fauna que también se comprobaron.

El hecho de que como afirmó el Guarda Forestal nº NUM001, la fauna piscícola se esté recuperando y que haya truchas y cangrejos autóctonos, no quiere decir que no se produjera tal grave peligro, puesto que no es necesario que se produzca el resultado señalado, sino que basta con tal posibilidad. Posibilidad que dados los niveles de contaminación, a pesar de haber transcurrido 10 días desde que se produjo la fuga hasta que



se tomaron las muestras, es evidente que se produjo. El que se hubiera producido el deterioro, como señala la juzgadora de instancia, determinaría la aplicación del tipo agravado. El tipo penal imputado, exige únicamente la aptitud del vertido para causar el peligro.

SEXTO.- Alega finalmente el recurrente la indebida aplicación del art. 325.2 del código penal , en relación con los artículos 1 y 2 del mismo cuerpo legal .

Alegación en la que viene a reiterar el principio de legalidad. Alegación que en definitiva ha sido ya analizada, debiendo reiterarse lo señalado en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución.

SÉPTIMO.- Por último, la representación procesal de Carmelo y Alexander , al adherirse al recurso interpuesto, añade una alegación más a las anteriormente señaladas, la de que no se ha acreditado la voluntad para castigar los hechos como delito doloso.

Una vez más debemos desestimar el motivo.

Efectivamente, concurre en el caso que nos ocupa, si bien no un dolo directo, sí un dolo eventual.

Como ya se ha anticipado, la sentencia recoge y valora todas las actuaciones llevadas a cabo, derivadas de la antigüedad del depósito (1973), como de la ampliación de la explotación en cuanto al número de animales. Además de no cumplir como se ha señalado en relación la infracción administrativa, en relación con las características del depósito, se produjeron incidentes anteriores, también recogidos expresamente (el 22 de octubre de 2003, el 15 de septiembre de 2011, e incluso a pesar de ocurrir los hechos que nos ocupa, uno posterior en agosto de 2015), que ponen de manifiesto que los acusados asumieron las consecuencias derivadas de no tomar las medidas oportunas para comprobar el estado del depósito y su adecuación a la normativa vigente, a pesar de conocer sus obligaciones (que se evidencian en la elaboración de proyectos y solicitud de licencias para acondicionar el depósito). Por lo tanto, no cabe sino concluir como lo hace la juzgadora, que se trata de una conducta intencionada, existiendo un dolo eventual en la comisión de los hechos objeto de enjuiciamiento.

Por lo anteriormente expuesto,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Segundo y ONDARTZABITARTE S.C., al que se ha adherido la representación procesal de Carmelo Y Alexander , contra la sentencia de fecha 1 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de San Sebastián , confirmando la misma en todos sus extremos.

Contra la presente sentencia no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado del que proceden, con testimonio de esta sentencia, para su conocimiento y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe.